

ECLI:NL:GHSHE:2014:1052

Instantie Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak 15-04-2014

Datum publicatie 15-04-2014

Zaaknummer HD 200.112.118_01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Een renteswap is een complex en risicovol financieel instrument. Op de Bank rust een bijzondere zorgplicht om de cliënt niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de aan dit instrument verbonden risico's, in het bijzonder het risico van een negatieve markwaarde bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst. De Bank rust deze bijzondere zorgplicht daarom niet alleen voorafgaande aan het sluiten van de renteswaptransacties maar bovendien op het moment dat cliënt de leningsovereenkomst vervroegd wil beëindigen.

Wetsverwijzingen [Burgerlijk Wetboek Boek 6](#)
[Burgerlijk Wetboek Boek 6 228](#)
[Burgerlijk Wetboek Boek 7](#)
[Burgerlijk Wetboek Boek 7 401](#)

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
RF 2014/51
NJF 2014/250
JOR 2014/168 met annotatie door mr. B.T.M. van der Wiel en mr. I.J.F. Wijnberg
Ondernemingsrecht 2014/92 met annotatie door T.M.C. Arons1.Mr. drs. T.M.C. (Tomas) Arons is universitair docent bij het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
JONDR 2014/746

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.112.118/01

arrest van 15 april 2014

in de zaak van

Holding Westkant B.V. in liquidatie,

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante,

advocaat: mr. R.M.A. Lensen te Terneuzen,

tegen

ABN AMRO Bank N.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

geïntimeerde,

advocaat: mr. F.R.H. van der Leeuw te Amsterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 8 augustus 2012 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Middelburg gewezen vonnis van 9 mei 2012 tussen appellante - Westkant - als eiseres in conventie, verweerster in reconventie en geïntimeerde - ABN AMRO - als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 75689/HA ZA 10-523)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord met productie;
- het pleidooi van 11 juni 2013, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd.

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1. In overweging 2. van het bestreden vonnis heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. De door de rechtbank vastgestelde feiten vormen ook in hoger beroep het uitgangspunt. Voorts staan nog enkele andere feiten tussen partijen vast. Het hof zal hierna een overzicht geven van deze relevante feiten.

4.2. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

(i) Medio 2006 heeft mevrouw [financiële medewerker van Westkant] (hierna: [financiële medewerker van Westkant]) namens Westkant een kredietofferte aangevraagd bij ABN AMRO. Westkant bankierde op dat moment reeds bij ABN AMRO. [financiële medewerker van Westkant] was destijds werkzaam bij (een dochteronderneming van) Westkant, bestuurslid van de stichting die de certificaten van aandelen in Westkant hield en zij regelde de financiële zaken van Westkant.

(ii) Op 14 september 2006 heeft ABN AMRO aan Westkant een kredietovereenkomst toegezonden (prod. 2 inleidende dagvaarding). Deze overeenkomst (hierna ook: de kredietovereenkomst van 14 september 2006) is door ABN AMRO en [destijds directeur van Westkant] (hierna: [destijds directeur van Westkant]), destijds directeur van Westkant, ondertekend. Blijkens deze kredietovereenkomst werd door Westkant een Euribor-lening aangegaan voor de duur van 10 jaar (lineaire aflossing) met variabele rente en een kredietfaciliteit van € 560.000,00.

In de kredietovereenkomst is onder het kopje OTC-derivaten (nieuw) het volgende vermeld:

"- ABN AMRO is bereid om, tot wederopzegging, aan de Kredietnemer, hierna ook te noemen: "Cliënt", de mogelijkheid te geven om derivatentransacties aan te gaan. ().

- De bijgesloten Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zijn van toepassing op alle derivatentransacties tussen de Cliënt en ABN AMRO. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt een exemplaar van deze Algemene Bepalingen te hebben ontvangen.

- In aanvulling op artikel 8 van de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zal gelden dat ABN AMRO, zonder dat enige sommatie of ingebrekestelling vereist zal zijn, eveneens één of meerdere lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel kan beëindigen en alles wat door de Cliënt uit hoofde daarvan, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, is verschuldigd, onmiddellijk in zijn geheel tussentijds kan opeisen, indien en zover de kredietfaciliteit bij ABN AMRO wordt beëindigd.

- Tevens zendt ABN AMRO de Cliënt ter informatie de brochure OTC-derivatentransacties. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt deze brochure te hebben ontvangen."

(iii) Op 18 september 2006 heeft ABN AMRO met Westkant gesproken over de mogelijkheid van het afsluiten van een renteswapovereenkomst. Op briefpapier van ABN AMRO is een schriftelijke volmacht opgemaakt, gedateerd op 18 september 2006, waarbij [destijds directeur van Westkant] aan [financiële medewerker van Westkant] volmacht verleent namens Westkant transacties te verrichten.

(iv) Bij brief van 18 september 2006 heeft ABN AMRO aan Westkant bevestigd dat zij met Westkant per 1 oktober 2006 voor de duur van 10 jaren (einddatum 1 oktober 2016) een renteswaptransactie is aangegaan (prod. 5 inleidende dagvaarding). Deze brief is ondertekend door [destijds directeur van Westkant]. In de brief is, voor zover van belang, het volgende vermeld:

"1. Hierbij bevestigt ABN AMRO () aan u (hierna ook te noemen: de "Cliënt") de voorwaarden van de transactie die de Cliënt met de Bank op de Transactiedatum () is aangegaan ().

3. Door ondertekening van deze bevestiging verklaart Cliënt:

** naar tevredenheid te zijn ingelicht door de Bank over de Transactie en alle benodigde informatie, waaronder een beschrijving en uitleg van de Bank te hebben ontvangen;*

** dat Cliënt zelfstandig - of eventueel met behulp van door Cliënt ingeschakelde (financiële) adviseurs - deze Transactie heeft geanalyseerd;*

** dat Cliënt zich realiseert dat de Bank uw contractspartij is en niet uw (financieel) adviseur.*

** dat de Transactie past in de risicobeheersing strategie van de Cliënt;"*

(v) Op 22 november 2007 heeft Westkant ([financiële medewerker van Westkant]) ABN AMRO

verzocht de tienjarige lening om te zetten in een aflossingsvrije lening. Bij brief van 28 december 2007 heeft ABN AMRO aan Westkant bevestigd dat onder handhaving van de eerder overeengekomen voorwaarden de tienjarige Euribor-lening wordt omgezet in een aflossingsvrije lening (prod. 13 inleidende dagvaarding). De nieuwe aflossingsvrije lening is, gezien de datum waarop na te noemen nieuwe renteswaptransactie is ingegaan, kennelijk op of omstreeks 1 januari 2008 tot stand gekomen (hierna: de kredietovereenkomst van 1 januari 2008).

(vi) Bij brief van 17 januari 2008 heeft ABN AMRO aan Westkant bevestigd dat de renteswap die op 18 september 2006 is gesloten per 17 januari 2008 voortijdig is beëindigd (prod. 6 inleidende dagvaarding). Deze brief is door [destijds directeur van Westkant] op 8 maart 2008 ondertekend.

Bij brief van gelijke datum heeft ABN AMRO aan Westkant bevestigd dat zij met Westkant per 1 januari 2008 een (nieuwe) renteswaptransactie is aangegaan. Als einddatum is vermeld 1 oktober 2016 (prod. 7 inleidende dagvaarding). Ook deze brief is ondertekend door [destijds directeur van Westkant].

In laatstgenoemde brief is, voor zover van belang, het volgende vermeld:

"1. Hierbij bevestigt ABN AMRO (hierna te noemen: party A) aan u de voorwaarden van de transactie die Cliënt (hierna ook te noemen: party B) met de Bank op de transactiedatum () is aangegaan ().

5. Door ondertekening van deze bevestiging verklaart Cliënt:

** naar tevredenheid te zijn ingelicht door de Bank over de Transactie en alle gewenste informatie, waaronder een productbeschrijving en uitleg, van de Bank te hebben ontvangen;*

** zelfstandig- of eventueel met behulp van door Cliënt ingeschakelde (financiële) adviseurs - deze Transactie te hebben geanalyseerd;*

** zich te realiseren dat de Bank uw contractspartij is en niet uw (financieel) adviseur.*

** dat de Transactie past in de risicobeheersing strategie van de Cliënt;*

** zich bewust te zijn van de mogelijke specifieke risico's die inherent zijn aan het product.*

Tot slot melden wij u dat op deze Transactie zowel de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001 ("ABD"), als de Voorwaarden Treasurydienstverlening ABN AMRO van toepassing zijn. Genoemde documenten maken deel uit van de brochure "Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO", welke u via uw Treasuryadviseur of Accountmanager heeft ontvangen. () De Cliënt () bevestigt een exemplaar van de brochure "Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO" te hebben ontvangen."

(vii) De per 1 januari 2008 gewijzigde kredietovereenkomst is op of omstreeks eind oktober 2009, althans kort daarna, door Westkant beëindigd wegens het overstappen naar een andere bank.

(viii) Bij brief van 27 oktober 2009 heeft ABN AMRO aan notaris mr. [notaris] (hierna: notaris [notaris]) bevestigd dat de inschrijving van het ten behoeve van ABN AMRO gevestigde hypotheekrecht op het pand aan de [perceel] [plaats] kan worden doorgehaald tegen algehele aflossing van de lening ten name van Westkant (prod. 8 inleidende dagvaarding).

In deze brief is het door Westkant te betalen bedrag als volgt gespecificeerd:

"Hoofdsom van de lening EUR 504.000,00

Rente t/m oktober 2009 EUR 994,70

Dagrente 34,30

Vergoeding ivm vervroegde aflossing euriborlening EUR 1.260,00

Beëindiging renteswap EUR 60.000,00 (geschat)

EUR 566.254,70

Daarnaast is er nog een rekening-courant en deposito

per heden met een saldo van EUR 185.159,63

Per saldo over te maken () EUR 381.095,07"

(ix) Op 23 april 2010 hebben partijen een depotovereenkomst gesloten. Hierin is bepaald dat notaris [notaris] een bedrag van € 60.000,00 in depot houdt totdat de rechtbank een voor tenuitvoerlegging vatbare beslissing in dit geschil heeft gegeven (prod. 1 bij inleidende dagvaarding).

4.3. Westkant heeft ABN AMRO in rechte betrokken en gevorderd:

- een verklaring voor recht dat tussen partijen geen renteswaptransacties tot stand zijn gekomen, danwel dat deze transacties door Westkant zijn vernietigd, dan wel dat de rechtbank deze transacties vernietigt wegens misbruik van omstandigheden en/of dwaling;
- een verklaring voor recht dat het bedrag, inclusief de gekweekte rente, van het op grond van de depotovereenkomst tussen partijen gerealiseerde depot toekomt aan Westkant;
- veroordeling van ABN AMRO tot vergoeding van de schade die Westkant als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van ABN AMRO heeft geleden, op te maken bij staat; met veroordeling van ABN AMRO in de proceskosten.

4.4. ABN AMRO heeft in conventie gemotiveerd verweer gevoerd en in reconventie, na vermeerdering van eis, gevorderd:

een verklaring voor recht dat Westkant gehouden is zowel de negatieve waarde van de renteswap als de achterstallige betalingen onder de renteswap op het moment van ontbinding daarvan aan ABN AMRO te voldoen, ook indien dit in totaal meer dan het in depot gehouden bedrag van € 60.000,00 zal bedragen, met veroordeling van Westkant in de proceskosten.

4.5. De rechtbank heeft bij het vonnis waarvan beroep de vorderingen van Westkant in conventie afgewezen en de vorderingen van ABN AMRO in reconventie toegewezen.

De grieven richten zich tegen deze beslissingen en de overwegingen waarop deze beslissingen rusten.

vertegenwoordigingsbevoegdheid

4.6.1 Het hof zal eerst grief 3 behandelen die zich richt tegen het oordeel van de rechtbank dat [destijds directeur van Westkant] bevoegd was namens Westkant renteswaptransacties aan te gaan.

4.6.2 Westkant heeft zich erop beroepen dat ingevolge het bepaalde in artikel 12 lid 4 aanhef en onder e, o en q van haar statuten van 19 januari 2004 (aangehecht aan het proces-verbaal van comparitie) [destijds directeur van Westkant] niet bevoegd was de onderhavige transactie aan te gaan en dat ABN AMRO van deze statutaire onbevoegdheid op de hoogte was.

In artikel 12 lid 4 van deze statuten is onder meer het volgende bepaald:

"De directie heeft de machtiging of goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig voor bestuursbesluiten strekkende tot het:

()

e. verlenen () van procuratie ();

()

o. aangaan, beëindigen en wijzigen van () poolovereenkomsten;

()

q. aangaan van verbintenissen () welke bedrag of waarde een telkenmale door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgesteld bedrag te bovengaat, of aangaan respectievelijk geldend voor een tijdsduur van meer dan twaalf maanden ().

4.6.3 Vooropgesteld dient te worden dat ingevolge artikel 2:240 lid 3 BW de bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt onbepaald en onvoorwaardelijk is, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Een door de wet toegelaten beroep op statutaire onbevoegdheid is genoemd in het tweede lid van artikel 2:240 BW, waarin is neergelegd dat de statuten kunnen bepalen dat slechts een of meer bestuurders vertegenwoordigingsbevoegd zijn dan wel dat een bestuurder slechts vertegenwoordigingsbevoegd is indien hij samen met een ander handelt. Tussen partijen is niet

in geschil dat, zoals ook blijkt uit het uittreksel uit het handelsregister (prod. 5 conclusie van antwoord in conventie), [destijds directeur van Westkant] ten tijde van het aangaan van de renteswaptransacties alleen en zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd was.

De door Westkant hiervoor genoemde statutaire beperking, die voor bepaalde handelingen de goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan (in casu de algemene vergadering van aandeelhouders) vereist, levert geen wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid op. Dit betekent dat ondanks het feit dat een bestuurder, die de statutaire goedkeuringseis niet naleeft, handelt in strijd met een interne instructie van de vennootschap, de vennootschap door een rechtshandeling van de bestuurder die in strijd was met zo een statutaire goedkeuringseis wel is gebonden. De conclusie luidt aldus dat Westkant in beginsel gebonden is aan de onderhavige renteswaptransacties die [destijds directeur van Westkant] als bestuurder van Westkant met ABN AMRO is aangegaan.

4.6.4 De vraag of [financiële medewerker van Westkant] krachtens volmacht bevoegd was namens Westkant op 18 september 2006 aan de Afdeling Treasury van ABN AMRO opdracht te geven tot het uitvoeren van de eerste renteswaptransactie, hetgeen ABN AMRO stelt en Westkant betwist, behoeft geen beantwoording. Vaststaat immers dat [destijds directeur van Westkant] namens Westkant de door ABN AMRO bij brief van 18 september 2006 gestuurde bevestiging renteswaptransactie voor akkoord heeft ondertekend. Dit betekent dat Westkant de beweerdelijk onbevoegd in haar naam verrichte renteswaptransactie op de voet van artikel 3:69 lid 1 BW heeft bekrachtigd. De vraag of de wil van Westkant ook gericht was op het aangaan van een renteswapovereenkomst zal hierna bij de bespreking van grief 1 worden beantwoord.

4.6.5 Grief 3 faalt aldus.

totstandkoming renteswapovereenkomst

4.7.1 Met grief 1 stelt Westkant dat tussen partijen geen rechtsgeldige renteswap-overeenkomsten tot stand zijn gekomen aangezien de wil van Westkant niet was gericht op het aangaan van dergelijke transacties. Westkant heeft slechts een kredietovereenkomst willen sluiten met ABN AMRO, uitgaande van een rentevaste periode van 10 jaren. Van een overeenstemmende wil en verklaring ter zake renteswaps is zijdens Westkant nimmer sprake geweest.

4.7.2 ABN AMRO heeft de stelling van Westkant, dat zij de renteswapovereenkomsten niet wilde aangaan, gemotiveerd betwist en zich erop beroepen dat zij, gelet op de omstandigheden van het geval, er in elk geval gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat Westkant de door haar te betalen rente op de Euribor-lening wilde fixeren door middel van een renteswap. Westkant komt dan ook geen beroep toe op het beweerde ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil, aldus ABN AMRO.

4.7.3 Het hof overweegt als volgt. Bij de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen dat de verklaring overeenstemt met de wil van degene die haar aflegt, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zoals de aard van de rechtshandeling, de bijzondere deskundigheid of ondeskundigheid van partijen, de mogelijkheid van nader onderzoek naar de wil van de verklarende persoon en de met de handeling verbonden voor- en nadelen voor de bij de handeling betrokken partijen.

4.7.4 Vaststaat dat [destijds directeur van Westkant] namens Westkant de kredietovereenkomst van 14 september 2006 heeft ondertekend en dat blijkens deze overeenkomst Westkant met ABN AMRO een tienjarige Euribor-lening aanging tegen een variabel rentetarief en niet een lening tegen een vaste rente.

Vaststaat dat ABN AMRO ([medewerker ABN Amro]) vervolgens op 18 september 2006 met Westkant heeft gesproken over de mogelijkheid van het afsluiten van een renteswap. Als niet, althans onvoldoende gemotiveerd, betwist staat vast dat bij deze bespreking namens Westkant zowel [financiële medewerker van Westkant] als [destijds directeur van Westkant] aanwezig waren en dat [financiële medewerker van Westkant] diezelfde dag telefonisch aan de Afdeling Treasury van ABN AMRO ([medewerker Afdeling Treasury ABN AMRO]) opdracht heeft gegeven

tot het uitvoeren van de eerste renteswaptransactie.

Vaststaat voorts dat ABN AMRO de renteswaptransactie op 18 september 2006 schriftelijk aan Westkant heeft bevestigd. Uit deze bevestigingsbrief (zie 4.2. sub (iv)) blijkt dat een renteswaptransactie werd aangegaan waarbij door Westkant per 1 oktober 2006 een vaste rente zou worden betaald van 4,18% en door ABN AMRO een variabele rente. Gesteld noch gebleken is dat Westkant ([destijds directeur van Westkant]) naar aanleiding van deze brief aan ABN AMRO vragen heeft gesteld of bezwaren heeft gemaakt tegen deze transactie. Vaststaat dat [destijds directeur van Westkant] namens Westkant de brief van 18 september 2006, waarin de renteswaptransactie aan Westkant werd bevestigd, heeft ondertekend.

ABN AMRO heeft ten pleidooie voorts verklaard dat zij maandelijks aan Westkant een afrekening stuurde van de renteverrekening, hetgeen Westkant niet heeft bestreden. Gesteld noch gebleken is dat Westkant naar aanleiding van deze maandelijkse afrekeningen aan ABN AMRO vragen heeft gesteld of bezwaren heeft gemaakt tegen de renteverrekening. Het feit dat [destijds directeur van Westkant] van deze afrekeningen geen kennis heeft genomen omdat hij, naar het hof begrijpt, de bankzaken overliet aan [financiële medewerker van Westkant], kan Westkant bezwaarlijk aan ABN AMRO tegenwerpen.

Vaststaat verder dat de Euribor-lening, zoals vermeld in de kredietovereenkomst van 14 september 2006, onder handhaving van de eerder overeengekomen voorwaarden, op verzoek van Westkant is omgezet in een aflossingsvrije lening (de kredietovereenkomst van 1 januari 2008), zoals bevestigd in de brief van ABN AMRO van 28 december 2007. Als niet, althans niet gemotiveerd, betwist staat voorts vast dat als gevolg van de omzetting van de lening de renteswapovereenkomst moest worden aangepast, dat ABN AMRO ([medewerker ABN Amro]) hierover op 17 januari 2008 met Westkant ([destijds directeur van Westkant] en [financiële medewerker van Westkant]) heeft gesproken, dat op diezelfde dag tussen ABN AMRO (Afdeling Treasury, [medewerker Afdeling Treasury ABN AMRO]) en Westkant ([destijds directeur van Westkant]) een nieuwe renteswapovereenkomst is gesloten, dat ABN AMRO bij brieven van 17 januari 2008 aan Westkant heeft bevestigd dat de renteswapovereenkomst van 18 september 2006 voortijdig is beëindigd en dat zij met Westkant een nieuwe renteswaptransactie is aangegaan. Uit deze bevestigingsbrief (zie 4.2. sub (vi)) blijkt dat per 1 januari 2008 een nieuwe renteswap was afgesloten, waarbij door Westkant per 1 januari 2008 een vaste rente zou worden betaald van 4,30% en door ABN AMRO een variabele rente. Gesteld noch gebleken is dat Westkant ([destijds directeur van Westkant]) naar aanleiding van deze brieven aan ABN AMRO vragen heeft gesteld of bezwaren heeft gemaakt tegen deze transactie. Vaststaat dat beide brieven van 17 januari 2008 (de voortijdige beëindiging van de renteswapovereenkomst van 18 september 2006 en het aangaan van een nieuwe renteswapovereenkomst per 1 januari 2008) door Westkant ([destijds directeur van Westkant]) voor akkoord zijn ondertekend.

- 4.7.5 Het hof is van oordeel dat, gelet op voormelde omstandigheden, ABN AMRO gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat de wil van Westkant was gericht op het aangaan van de renteswapovereenkomsten van 18 september 2006 en 17 januari 2008. De omstandigheden dat Westkant ([destijds directeur van Westkant]), naar zij beweert, ter zake niet deskundig was en dat bij een dalende rente voortijdige beëindiging van de renteswapovereenkomst een nadelige handeling zou opleveren, leiden niet tot een ander oordeel. Gezien het feit dat voorafgaande aan het uitvoeren van deze transacties ABN AMRO met zowel [destijds directeur van Westkant] als [financiële medewerker van Westkant] gesprekken heeft gevoerd, van de zijde van Westkant geen vragen zijn gesteld of bezwaren zijn gemaakt na ontvangst van de bevestigingsbrieven of van de maandelijkse afrekeningen, en Westkant ([destijds directeur van Westkant]) de brieven waarbij de renteswaptransacties werden bevestigd en de eerste renteswaptransactie werd beëindigd zonder mitsen en maren heeft ondertekend, mocht ABN AMRO gerechtvaardigd erop vertrouwen dat de wil van Westkant was gericht op het aangaan van deze renteswapovereenkomsten.

De vraag of ABN AMRO bij het aanbieden of het adviseren van renteswaps jegens Westkant al dan niet tekort is geschoten in de haar betamende zorg, is voor de beantwoording van de vraag of ABN AMRO gerechtvaardigd erop heeft vertrouwd dat Westkant een renteswaptransactie wilde aangaan niet van belang. Deze vraag zal bij de bespreking van grieven 6 en 7 (de zorgplicht) aan de orde komen.

4.7.6 Grief 1 faalt aldus.

algemene voorwaarden

4.8.1 Grief 2 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat [destijds directeur van Westkant] door ondertekening van de bevestigingen van de renteswap van 18 september 2006 en 17 januari 2008 namens Westkant heeft verklaard dat zij naar tevredenheid door ABN AMRO over de renteswaptransactie is geïnformeerd en dat zij alle benodigde informatie heeft ontvangen. Westkant stelt dat zij, anders dan in de kredietovereenkomst van 14 september 2006 en in voormelde bevestigingsbrieven is beschreven, niet voorafgaand aan het aangaan van de kredietovereenkomst en de renteswapovereenkomsten of uiterlijk bij de ondertekening van deze stukken, de brochure OTC-derivatentransacties (hierna: brochure OTC) en de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 (hierna: ABD) (prod. 2 en 3 conclusie van antwoord in conventie ABN AMRO) heeft ontvangen, en dat zij evenmin correct en volledig is voorgelicht omtrent de inhoud en reikwijdte van de renteswaptransacties. Westkant stelt dat de vermeldingen op de bevestigingsbrieven moeten worden aangemerkt als bedingen in algemene voorwaarden en dat deze bedingen voor Westkant onredelijk bezwarend zijn. Westkant beroept zich op de vernietigbaarheid van de bedingen in de bevestigingsbrieven van de renteswaptransacties op grond van het bepaalde in artikel 6:236 aanhef en sub k BW.

4.8.2 Het hof overweegt als volgt. In artikel 6:231 BW zijn algemene voorwaarden gekwalificeerd als een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van kernbedingen.

De in de kredietovereenkomst van 14 september 2006 onder het kopje OTC-derivatentransacties (nieuw) en in de bevestigingsbrieven van 18 september 2006 en 17 januari 2008 onder 3. respectievelijk 5. voorgedrukte verklaringen dat cliënt de brochure OTC en de ABD heeft ontvangen en dat cliënt is voorgelicht over de aard en de werking van de renteswap zijn evenwel geen bedingen als bedoeld in artikel 6:231 BW. Door deze verklaringen worden immers geen verbintenissen aangaan of (bewijs-) afspraken gemaakt, terwijl de verdeling van de bewijslast daardoor ook niet wordt veranderd.

Het hof zal op de bewijslastverdeling ingaan in rov. 4.9.8 en 4.11.13.

4.8.3 Grief 2 faalt in zoverre. Grief 2 zal, voor zover deze is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Westkant voorafgaand aan de transacties door ABN AMRO voldoende is geïnformeerd, aan de orde komen bij de bespreking van de grieven 4 (dwaling), 6 en 7 (zorgplicht).

dwaling

4.9.1 Westkant stelt in grief 4 dat zij de renteswapovereenkomsten onder invloed van dwaling is aangegaan en dat deze transacties daarom vernietigbaar zijn. Westkant meende immers dat zij een kredietovereenkomst voor de duur van 10 jaren was aangegaan tegen een vaste rente, waarbij de detaillering/invulling van die vaste rente werd verzorgd door ABN AMRO, die in dat verband een rentederivaat adviseerde zonder duidelijk te maken dat het hier om een afzonderlijk van de kredietovereenkomst te sluiten overeenkomst ging.

4.9.2 Voor zover Westkant stelt dat zij in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat zij met ABN AMRO een kredietovereenkomst aanging met vaste rente, dient het beroep op dwaling te falen. Uit de door [destijds directeur van Westkant] namens Westkant aangegane en voor akkoord ondertekende kredietovereenkomst van 14 september 2006 en de bevestigingsbrieven van de renteswaptransacties van 18 september 2006 en 17 januari 2008 blijkt evident dat op 14 september 2006 een kredietovereenkomst met een variabele rente werd aangegaan en dat daarnaast door ABN AMRO met Westkant op 18 september 2006 en op 17 januari 2008 (na omzetting van de geldlening van 14 september 2006 in een aflossingsvrije lening per 1 januari 2008) afzonderlijke renteswapovereenkomsten zijn gesloten op grond waarvan Westkant een vaste (gefixeerde) rente zou betalen gedurende de looptijd van de renteswap. Indien dit voor Westkant onvoldoende duidelijk was, had het op haar weg gelegen zich, al dan niet met hulp van

anderen, inspanningen te getroosten de strekking van de kredietovereenkomst en de renteswaptransovereenkomsten wel te begrijpen. Eventuele nadelige gevolgen van dit nalaten blijven op grond van artikel 6:228 lid 2 BW voor rekening van Westkant.

4.9.3 Westkant heeft voorts gesteld dat zij niet juist, althans niet volledig, is geïnformeerd omtrent de risico's verbonden aan renteswaps bij voortijdige beëindiging van de kredietovereenkomst en de renteswapovereenkomst. Indien ABN AMRO haar juist had geïnformeerd, had Westkant de renteswapovereenkomsten niet gesloten. Westkant beroept zich op de dwalingsgrond als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 aanhef en sub b BW.

4.9.4 ABN AMRO heeft gemotiveerd betwist dat zij haar informatieplicht heeft verzaakt. ABN AMRO stelt dat zij Westkant voorafgaand aan het uitvoeren van de renteswaptransacties zowel schriftelijk, aan de hand van de brochure OTC en de ABD, als mondeling heeft geïnformeerd over de werking van renteswaps en het risico van een negatieve markwaarde bij voortijdige beëindiging.

4.9.5 In de brochure OTC (prod. 2 conclusie van antwoord ABN AMRO) is onder meer het volgende vermeld:

"Derivatennisico's

()

Hoewel een derivatentransacties veelal wordt afgesloten in combinatie met een financiering, valutapositie of andere onderliggende waarde, is er geen direct verband met die waarde. Bij voortijdige beëindiging of bij tussentijdse wijziging van de onderliggende waarde, blijven de rechten en plichten van partijen uit hoofde van de derivatentransactie van kracht tot het moment dat ook de derivatentransactie wordt beëindigd.

()

Kosten van voortijdige beëindiging

Indien u () een derivatentransactie wilt of moet beëindigen, voordat de looptijd is verstreken, kan dit aanzienlijke kosten met zich meebrengen. Een derivatentransactie is altijd gerelateerd aan een onderliggende waarde. De waarde van een derivatentransactie is dan ook afhankelijk van de fluctuaties in de prijs c.q. koers van die onderliggende waarde.

Indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd wordt gekeken of die transactie op dat moment een positieve, dan wel een negatieve waarde heeft (waardering tegen marktwaarde). In geval van een positieve waarde zal ABN AMRO deze met u verrekenen. Bij beëindiging van een transactie met een negatieve waarde dient u een bedrag aan ABN AMRO te betalen."

4.9.6 In de ABD (prod. 3 conclusie van antwoord ABN AMRO) is onder meer het volgende vermeld:

"1. Reikwijdte

Deze algemene bepalingen zijn van toepassing op iedere OTC-transactie tussen Cliënt en ABN AMRO in de vorm van een renteswap ().

()

9. Vergoeding

9.1 *Ingeval van opeising stelt ABN AMRO het direct opeisbare bedrag in Euro's vast dat bij wijze van vergoeding van geleden verlies en gedeelde winst verschuldigd is.*

Deze vergoeding bestaat uit de som van:

()

3 door ABN AMRO gemaakte fundingkosten, kosten van het afbreken of vervangen van de aan die transacties gerelateerde derivatentransacties, berekend op basis van de waardering tegen de marktwaarde van de transacties."

4.9.7 Naar het oordeel van het hof blijkt uit de brochure OTC en de ABD, die volgens de kredietovereenkomst van 14 september 2006, dat wil zeggen voorafgaand aan het aangaan van de kredietovereenkomst, aan Westkant ter beschikking zijn gesteld (en volgens de

bevestigingsbrief van de renteswaptransactie van 17 januari 2008 is de ABD ook aan Westkant verstrekt in het kader van deze renteswap), voldoende duidelijk dat aan een renteswap risico's verbonden waren in geval de renteswapovereenkomst tussentijds zou worden beëindigd, dat de renteswap op dat moment mogelijk een negatieve waarde zou kunnen hebben en dat deze negatieve waarde door Westkant aan ABN AMRO moest worden vergoed. Indien dit voor Westkant na lezing van de brochure OTC en de ABD onvoldoende duidelijk was, had het op haar weg gelegen zich de nodige inspanningen te getroosten de strekking van overeenkomst wel te begrijpen. Westkant kan zich dan niet met vrucht op dwaling beroepen omdat ABN AMRO door het ter beschikking stellen van de brochure OTC en de ABD heeft voldaan aan de op haar rustende plicht (artikel 6:228 lid 1 aanhef sub b BW) Westkant op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen te verschaffen om een eventueel onjuiste voorstelling omtrent de aan de renteswap verbonden risico's in het algemeen en het risico van een negatieve waarde bij beëindiging van de kredietovereenkomst en de renteswapovereenkomst in het bijzonder, redelijkerwijze te voorkomen.

Westkant heeft evenwel betwist dat zij de brochure OTC en de ABD heeft ontvangen en eveneens dat ABN AMRO haar mondeling duidelijke inlichtingen heeft verstrekt over de essentiële eigenschappen van een renteswap.

4.9.8 Op Westkant rust de stelplicht en de bewijslast van de door haar beweerde schending van de inlichtingenplicht van ABN AMRO als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 aanhef en sub b BW. Gelet op de gemotiveerde betwisting van ABN AMRO ter zake, zal Westkant, worden toegelaten tot bewijslevering van haar stelling dat de door haar gestelde onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de renteswapovereenkomsten is veroorzaakt doordat ABN AMRO de op haar ter zake rustende informatieplicht heeft verzaakt omdat zij mondeling noch schriftelijk op essentiële punten voldoende duidelijk inlichtingen heeft verschaft om een eventueel onjuiste voorstelling omtrent de aan de renteswap verbonden risico's te voorkomen.

Deze bewijsopdracht zal in verband met een door partijen te nemen akte (zie rov. 4.11.12 en 4.11.13) eerst in een volgend tussenarrest worden gegeven.

4.9.9 Indien Westkant er niet in slaagt het verlangde bewijs te leveren, zal het beroep op dwaling falen. Dit laat echter onverlet dat, zoals hierna bij de bespreking van de grieven 6 en 7 aan de orde komt, op ABN AMRO uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht verder reikende waarschuwingsplichten rusten dan de plicht de inlichtingen te verschaffen die zij, gelet op de aard van de overeenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat Westkant omtrent de essentiële eigenschappen van de renteswapovereenkomst zou dwalen (HR 5 juni 2009, LJN: BH2811, BH2815, NJ 2012, 183 en 182).

4.9.10. De verdere beoordeling van grief 4 zal in afwachting van de te nemen aktes en de bewijsvoering zijdens Westkant worden aanhouden.

misbruik van omstandigheden

4.10.1 Grief 5 richt zich tegen de verwerping van het door Westkant gedane beroep op misbruik van omstandigheden. Westkant stelt dat zij door bijzondere omstandigheden, waaronder afhankelijkheid, onervarenheid, ontoereikende informatievoorziening en waarschuwingen zijdens ABN AMRO bij het ondertekenen van de renteswapbevestigingen, werd bewogen tot het verrichten van een rechtshandeling, dan wel dat het tot stand komen van die rechtshandeling daardoor werd bevorderd.

4.10.2 Het hof overweegt als volgt. Voor vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden is vereist dat ABN AMRO bij het aangaan van de renteswapovereenkomsten ermee bekend was dat Westkant door bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 3:44 BW, in het bijzonder afhankelijkheid en onervarenheid met betrekking tot renteswaps, niet bij machte was haar zakelijke belangen te overzien en dat ABN AMRO zich daardoor van het bevorderen van het afsluiten van de overeenkomsten had moeten laten weerhouden.

4.10.3 ABN AMRO heeft reeds in eerste aanleg (par. 23 conclusie van antwoord in conventie) gemotiveerd betwist dat Westkant jegens haar in een afhankelijke positie verkeerde in het kader van de aan Westkant op 14 september 2006 verstrekte kredietfaciliteit, waarbij Westkant een lening werd verstrekt met variabele rente. Indien Westkant de renteswapovereenkomst van 18 september 2006 niet was aangegaan dan had dat geen invloed gehad op de eerder op 14 september 2006 gesloten kredietovereenkomst. Westkant zou in dat geval over de aan haar verstrekte lening een variabele rente hebben betaald in plaats van de gefixeerde rente uit hoofde van de later gesloten renteswapovereenkomsten, aldus ABN AMRO.

4.10.4 Gelet op de gemotiveerde betwisting van ABN AMRO had het op de weg van Westkant gelegen om in het hoger beroep haar stelling dat zij door afhankelijkheid tot het aangaan van de renteswapovereenkomsten is bewogen, nader te onderbouwen. Nu zij zulks heeft nagelaten, zal aan haar stelling dat zij door afhankelijkheid is bewogen tot het aangaan van de betreffende overeenkomsten, althans dat zulks de totstandkoming daarvan heeft bevorderd, als onvoldoende onderbouwd worden voorbijgegaan.

4.10.5 Wat het door Westkant gedane beroep betreft op de bijzondere omstandigheid dat de ABN AMRO wist, althans moest begrijpen, dat Westkant door onervarenheid tot het aangaan van de renteswapovereenkomsten werd bewogen, danwel dat het tot stand komen van die overeenkomsten daardoor werd bevorderd, oordeelt het hof als volgt. Gesteld al dat ABN AMRO bekend was met de beweerde onervarenheid en het gebrek aan inzicht in het onderhavige product bij Westkant, brengt dit nog niet mee dat het ABN AMRO duidelijk had moeten zijn dat Westkant zich daardoor geen behoorlijk beeld zou kunnen vormen van de voor haar aan de renteswapovereenkomst verbonden gevolgen.

Dat ABN AMRO mogelijk op essentiële punten haar inlichtingenplicht heeft verzaakt, waardoor Westkant bij het aangaan van de renteswapovereenkomsten een onjuiste voorstelling van zaken had - in welk geval Westkant zich mogelijk met recht kan beroepen op dwaling - betekent nog niet dat de renteswapovereenkomsten door misbruik van omstandigheden tot stand zijn gekomen. Nu Westkant aan het beroep op misbruik van omstandigheden geen andere feiten en omstandigheden ten grondslag heeft gelegd, dan hiervoor besproken, zal hof hieraan verder voorbij gaan.

4.10.6 Grief 5 faalt aldus.

zorgplicht

4.11.1 Met de grieven 6 en 7 stelt Westkant dat ABN AMRO tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende contractuele zorgplicht (artikel 7:401 BW), althans haar precontractuele zorgplicht jegens Westkant als niet professionele belegger heeft geschonden en daardoor onrechtmatig jegens Westkant heeft gehandeld. Westkant stelt dat ABN AMRO tevens heeft gehandeld in strijd met artikel 2 van haar algemene bankvoorwaarden, artikel 25 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 en de artikelen 4:19, 4:20 en 4:23 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Westkant verwijt ABN AMRO in dit verband dat:

(i) ABN AMRO voorafgaande aan het sluiten van de renteswapovereenkomsten niet heeft voldaan aan haar informatieplicht, in het bijzonder het achterwege laten van een voldoende waarschuwing ten aanzien van de inhoud en strekking van de renteswaps en de daaraan verbonden aanzienlijke financiële gevolgen bij onder meer voortijdige beëindiging van de krediet- en de renteswapovereenkomst;

(ii) ABN AMRO op het moment van de voorgenomen beëindiging van de kredietovereenkomst door Westkant in 2009 niet heeft gewaarschuwd dat de renteswap op dat moment ook daadwerkelijk een negatieve waarde had;

(iii) ABN AMRO geen informatie heeft ingewonnen over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van Westkant en geen cliëntenprofiel heeft opgemaakt, terwijl risico's die uit de renteswap kunnen voortvloeien niet door Westkant kunnen worden gedragen.

4.11.2 ABN AMRO heeft gemotiveerd betwist dat zij jegens Westkant tekort is geschoten in de haar betamende zorg.

ABN AMRO stelt dat zij Westkant voorafgaand aan het sluiten van de rentswap uitgebreid heeft geïnformeerd en gewaarschuwd, dat de renteswap viel binnen het profiel van Westkant en voor Westkant een geschikt product was.

ABN AMRO stelt dat tijdens de bijeenkomsten van 18 september 2006 en 17 januari 2008, voorafgaand aan het uitvoeren van de eerste respectievelijk de tweede renteswaptransactie, en de daaropvolgende telefoongesprekken van de Afdeling Treasury van ABN AMRO aan Westkant de essentiële kenmerken van de renteswap zijn toegelicht. Op 18 september 2006, voorafgaand aan het uitvoeren van de eerste renteswaptransactie, heeft ABN AMRO ([medewerker ABN Amro]) Westkant ([destijds directeur van Westkant] en [financiële medewerker van Westkant]) geïnformeerd dat door middel van een renteswap de door Westkant te betalen variabele rente zou kunnen worden gefixeerd tot het einde van de looptijd van de onderliggende lening. [medewerker ABN Amro] heeft in het gesprek van 18 september 2006 de werking van de renteswap bovendien uitgelegd aan de hand van een schriftelijk voorbeeld en uitdrukkelijk de mogelijkheid van een negatieve waarde genoemd. Daarbij is, aldus ABN AMRO, nadrukkelijk aan de orde gesteld dat het van belang was dat de op 14 september 2006 aan Westkant verstrekte geldlening niet vervroegd zou worden afgelost omdat in dat geval ook de renteswap voortijdig ontbonden zou moeten worden, dat dat kosten met zich kon brengen en een eventuele door Westkant aan ABN AMRO te betalen negatieve marktwaarde. Westkant heeft tijdens dit gesprek te kennen gegeven dat zij niet voornemens was de lening vervroegd af te lossen en dat zij haar risico op rentestijging wilde beperken. ABN AMRO heeft voorts verwezen naar de brochure OTC en de ABD, waarin het potentieel negatief effect van de renteswap bij voortijdige beëindiging daarvan is uitgelegd.

Het product was naar de mening van ABN AMRO voor Westkant niet risicovol. In september 2006 was niet te voorzien dat de marktrente zou dalen, dat Westkant haar lening tussentijds zou aflossen, dat de renteswap daardoor voor het einde van de looptijd zou eindigen en dat een negatieve waarde zou ontstaan. Westkant kon ten tijde van de kredietverlening ook aan haar verplichtingen tot betaling van de rente voldoen.

Eind 2007, toen Westkant de lening wilde omzetten in een aflossingsvrije lening, moest de renteswap worden aangepast. [medewerker ABN Amro] heeft tijdens de bespreking met Westkant ([destijds directeur van Westkant] en [financiële medewerker van Westkant]) op 17 januari 2008 toegelicht dat de renteswap van 18 september 2006 zou worden ontbonden en dat een nieuwe renteswapovereenkomst zou worden aangegaan. De eerste renteswap had op de datum van ontbinding op 1 januari 2008 een negatieve waarde. Met Westkant is toen besproken dat zij de keuze had de negatieve waarde in één keer te voldoen of deze te verdisconteren in het rentetarief van de nieuwe renteswap. Westkant koos voor het laatste. Het rentepercentage in de nieuwe renteswapovereenkomst is vervolgens verhoogd van 4,18% naar 4,30%. ABN AMRO stelt dat Westkant bij het aangaan van de tweede renteswapovereenkomst niet alleen wederom uitgebreid is geïnformeerd en gewaarschuwd door ABN AMRO, maar ook dat Westkant de risico's van een negatieve waarde reeds had ondervonden. ABN AMRO stelt dat zij ook in 2009, toen Westkant een financieringsaanvraag had ingediend bij een andere financiële instelling met als doel haar leningen bij ABN AMRO af te lossen, Westkant wederom erop heeft gewezen dat als gevolg van de vervroegde aflossing van de lening ook de renteswap zou worden ontbonden en dat Westkant gehouden zou zijn de negatieve waarde aan ABN AMRO te vergoeden. ABN AMRO heeft Westkant in overweging gegeven de renteswap door de nieuwe financier van Westkant over te laten nemen.

4.11.3 Het hof stelt voorop dat de Wft op 1 januari 2007 in werking is getreden. Richtlijn 2004/39/EG van 30 april 2004 (hierna: MiFID-richtlijn), waarin gedragsregels voor effectendienstverlening zijn neergelegd, is per 1 november 2007 geïmplementeerd in de Wft (onder meer in afdeling 4.2.3 van de Wft (Zorgvuldige dienstverlening)) en nader geconcretiseerd in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgf).

4.11.4 Vaststaat dat partijen de eerste renteswapovereenkomst zijn aangegaan op 18 september 2006 en derhalve voor de inwerkingtreding van deze publiekrechtelijke regelgeving. Ten tijde van het sluiten van de tweede renteswapovereenkomst op 17 januari 2008 waren de in afdeling 4.2.3 van de Wft neergelegde, door ABN AMRO jegens cliënten in acht te nemen gedragsregels, reeds van kracht.

De vraag of ten tijde van het aangaan van de eerste renteswapovereenkomst de destijds geldende publiekrechtelijke regelgeving voor effectendienstverlening de in afdeling 4.2.3 van de Wft neergelegde zorgplichten reeds specifiek voorschreef, acht het hof niet van belang. De uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg jegens Westkant alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de (destijds geldende) publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt (vgl. HR 5 juni 2009, LJN: BH2811 en BH2815, NJ 2012, 183 en 182). Uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 30 mei 2013 nr. C-604/11 (JOR 2013, 274) volgt ook niet dat de civiele rechter geen verdergaande zorgplichten mag aannemen dan in afdeling 4.2.3 van de Wft zijn neergelegd.

4.11.5 Het hof zal echter, mede gelet op het feit dat ten tijde van het aangaan van de tweede renteswapovereenkomst de Wft (en afdeling 4.2.3) reeds in werking was getreden, in hetgeen het hierna zal overwegen zo nodig ingaan op en verwijzen naar de artikelen in afdelingen 1.1.1. en 4.2.3. van de Wft, de MiFID-richtlijn en de Richtlijn 2006/73/EG van 10 augustus 2006 (de MiFID-uitvoeringsrichtlijn).

4.11.6 Onderzocht moet worden of ABN AMRO jegens Westkant de zorg in acht heeft genomen zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur in de gegeven omstandigheden had mogen worden verwacht (artikel 7:401 BW). Bij dit onderzoek moet worden uitgegaan van de ten tijde van het geven van dat advies bekende feiten en omstandigheden.

Volgens vaste rechtspraak rust op een bank, als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener, die een particuliere persoon een (beleggings-) product adviseert een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt hem te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een financiële dienstverlener, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten. Die zorgplicht behelst onder meer dat ABN AMRO vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, de deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem dient te waarschuwen voor bijzondere risico's die aan een voorgenomen of toegepaste constructie zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen op toegepaste (beleggings-)strategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid (HR 3 februari 2012, BU4914). De omvang van deze bijzondere zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de desbetreffende wederpartij, de complexiteit van het product en de daaraan verbonden risico's.

4.11.7 ABN AMRO heeft niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat Westkant een kleine onderneming (MKB) was en onervaren ter zake beleggingsproducten. ABN AMRO heeft evenmin betwist dat Westkant ook volgens de in artikel 1:1 van de Wft opgenomen definitie van een professionele belegger (onder q.) als een niet-professionele belegger moet worden geclassificeerd. In rechte staat derhalve vast dat Westkant ten tijde van het aangaan van de renteswapovereenkomsten een niet-professionele belegger was en ter zake geen relevante ervaring had. Naar het oordeel van het hof diende ABN AMRO dan ook jegens Westkant als niet-professionele belegger deze bijzondere zorgplicht in acht te nemen.

4.118 Het standpunt van ABN AMRO dat zij bij het uitvoeren van de renteswaptransacties niet als adviseur van Westkant, maar als contractspartij van Westkant is opgetreden - en dus geen beleggingsadvies heeft verstrekt - zodat zij jegens Westkant niet tot een bijzondere zorgplicht was gehouden, althans de in afdeling 4.2.3 van de Wft neergelegde zorgplichten niet in acht moest nemen, wordt verworpen.

Vaststaat immers dat Westkant zich in het kader van de door haar gewenste nieuwe financiering voor advies tot ABN AMRO heeft gewend, dat zulks heeft geresulteerd in een kredietofferte voor een geldlening met variabele rente en de kredietovereenkomst van 14 september 2006, dat ABN AMRO op eigen initiatief ter dekking van het risico van de variabiliteit van de rentevoet van deze geldlening aan Westkant een renteswap heeft aanbevolen en dat de dienstverlening ter zake de

renteswap was gerelateerd aan de door bank verstrekte en geadviseerde financiering. Dat ABN AMRO voorafgaande aan de totstandkoming van de renteswapovereenkomsten Westkant duidelijk heeft gemaakt dat zij in dezen niet optrad als haar adviseur, maar als haar wederpartij, stelt ABN AMRO ook niet. Integendeel, ABN AMRO stelt nota bene zelf (par. 33 conclusie van antwoord) dat zij Westkant een renteswap heeft geadviseerd. Aan de bevestigingsbrieven van de renteswaptransacties (die ABN AMRO overigens eerst na het uitvoeren van de respectieve transacties ter ondertekening aan Westkant heeft voorgelegd), waarin is vermeld dat ABN AMRO bij deze transacties niet als adviseur van Westkant is opgetreden, maar als haar contractspartij, komt reeds hierom geen betekenis toe.

4.11.9 De onderhavige renteswap is volgens de Wft een complex financieel instrument. Dit financieel instrument is immers vermeld in bijlage I, deel C, punt 4 van de MiFID-richtlijn (en in artikel 1:1 van de Wft genoemd als financieel instrument onder d.), zodat ingevolge artikel 38 van de MiFID-uitvoeringsrichtlijn is uitgesloten dat zij als niet-complex kan worden aangemerkt (vgl. HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-604/11, JOR 2013, 274). Aan renteswaps zijn bovendien aanzienlijke risico's verbonden. Met de renteswap werd beoogd het risico af te dekken van wijziging van de rentevoet van de door ABN AMRO aan Westkant verstrekte kredietfaciliteit. Indien na het afsluiten van de renteswaps de (basis-) rente sterk daalt, hetgeen het geval was door de financiële crisis in de loop van 2008, ontwikkelt de renteswap een grote negatieve waarde voor de cliënt. Beëindiging van de renteswapovereenkomst voor het einde van de looptijd daarvan leidt in dat geval tot onverwachte hoge kosten. Wanneer de onderliggende lening vervroegd wordt afgelost of als de kredietfaciliteit met ABN AMRO tussentijds wordt beëindigd, loopt de renteswapovereenkomst in principe door. Er is dan sprake van een losse renteswap, waarbij de swaprente door de kredietnemer moet worden doorbetaald, zonder dat hij langer van de samenhangende kredietfaciliteit gebruik kan maken, zodat ook het laten doorlopen van losse renteswap (nadat de kredietfaciliteit is beëindigd) geen (reëel) alternatief is.

4.11.10 In het onderhavige geval had ABN AMRO - in het kader van de op haar rustende zorgplicht - Westkant voldoende indringend - dat wil zeggen uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen - dienen te waarschuwen voor de bijzondere risico's die zijn verbonden aan dit instrument (zoals ook bepaald in artikel 4:20 lid 1 Wft, 80a Bgfo en artikel 19 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn MiFID). ABN AMRO dient zich daarbij in voldoende mate ervan te vergewissen dat de cliënt zich de bijzondere risico's en de gevolgen die de verwerkelijking daarvan voor hem kunnen hebben, daadwerkelijk bewust is.

In de bevestigingsbrieven van 18 september 2006 en 17 januari 2008, die Westkant eerst na het uitvoeren van de renteswaptransacties heeft ondertekend, is weliswaar vermeld dat cliënt door ondertekening van de bevestiging verklaart naar tevredenheid door de Bank te zijn geïnformeerd over de transactie, dat de transactie past in de strategie van de cliënt en dat de cliënt zich bewust is van de mogelijke specifieke, aan het product verbonden risico's, doch deze bevestigingsbrieven bevatten geen informatie over de aard en de werking van renteswaps en de daaraan verbonden risico's. Blijkens artikel 4:20 lid Wft dient deze informatie ook voorafgaand aan het verlenen van een beleggingsdienst te worden gegeven.

In artikel 19 lid 3 van de Uitvoeringsrichtlijn MiFID is bepaald dat de informatie (de waarschuwing) over het betreffende instrument in gestandariseerde vorm mag worden verstrekt. De door de ABN AMRO beweerdelijk, voorafgaand aan het verrichten van de transacties, verstrekte brochure OTC en de ABD en de daarin opgenomen waarschuwingen, acht het hof onvoldoende indringend. Hieruit blijkt weliswaar dat aan renteswaps risico's verbonden waren in geval de renteswapovereenkomst tussentijds zou worden beëindigd en dat de renteswap op dat moment mogelijk een negatieve waarde zou kunnen hebben (zie rov. 4.9.5 en 4.9.6). Uit deze bescheiden blijkt echter niet, zoals hiervoor in 4.11.9 is uiteengezet, dat indien, zoals in het onderhavige geval, na het afsluiten van de renteswaps de basisrente sterk daalt de renteswap een grote negatieve waarde ontwikkelt en beëindiging van de renteswapovereenkomst voor het einde van de looptijd daarvan in dat geval leidt tot onverwacht hoge kosten.

Op ABN AMRO rustte daarom niet alleen de bijzondere zorgplicht Westkant voorafgaande aan het sluiten van de renteswapovereenkomsten indringend te waarschuwen voor de bijzondere risico's die zijn verbonden aan dit instrument, doch bovendien op het moment waarop Westkant ABN AMRO te kennen gaf de kredietovereenkomst vervroegd te willen beëindigen. Op dat

moment wist ABN AMRO, althans behoorde zij te weten, dat het bijzondere risico dat de renteswap een grote negatieve waarde kon ontwikkelen zich ook daadwerkelijk zou realiseren.

4.11.11 De bijzondere op ABN AMRO rustende zorgplicht houdt voorts in dat zij aan Westkant een geschikt financieel instrument moest adviseren, en dat, nu de renteswap, zoals het hof hiervoor heeft geoordeeld, een complex en risicovol instrument betreft, ABN AMRO verplicht was zich te verdiepen in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van Westkant en haar advies vervolgens af te stemmen op het aldus verkregen cliëntenprofiel (ken uw klant beginsel) (zoals ook neergelegd in artikel 4:23 lid 1 Wft, de artikelen 80a en 80c Bgfo en artikel 19 lid 4 Uitvoeringsrichtlijn MiFID).

Ingevolge het ten tijde van het aangaan van de eerste renteswapovereenkomst geldende artikel 28 lid 1 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 diende de effecteninstelling het cliëntenprofiel schriftelijk dan wel elektronisch vast te leggen. In artikel 4:23 Wft is niet nadrukkelijk neergelegd dat het cliëntenprofiel schriftelijk (of elektronisch) moet worden vastgelegd, doch dit volgt uit de bewoordingen van artikel 80a Bgfo.

4.11.12 Indien ABN AMRO destijds heeft verzuimd een cliëntenprofiel op te stellen en ABN AMRO haar advies aldus niet op het cliëntenprofiel van Westkant heeft afgestemd, heeft zij in zoverre haar zorgplicht geschonden. Daarmee is echter niet gegeven dat de geadviseerde renteswap voor Westkant geen geschikt product was en dat het advies om een renteswap te sluiten onjuist was.

ABN AMRO heeft gesteld dat de renteswap viel binnen het profiel van Westkant en voor Westkant een geschikt product. Het ligt op de weg van ABN AMRO die, naar het hof uit haar stellingen begrijpt, kennelijk een cliëntenprofiel van Westkant heeft opgesteld, deze bij akte in het geding te brengen. Indien ABN AMRO destijds geen cliëntenprofiel heeft opgesteld en/of vastgelegd, zal zij dienen toe te lichten op basis waarvan zij heeft beoordeeld dat de renteswap voor Westkant een geschikt product was.

4.11.13 Westkant heeft gesteld dat haar vermogenspositie het nemen van aanzienlijke financiële risico's, zoals die kunnen voortvloeien uit een renteswap, niet toestond. Westkant heeft deze stelling niet nader cijfermatig onderbouwd. Westkant zal haar vermogenspositie ten tijde van het aangaan van de renteswapovereenkomsten van 18 september 2006 (per 1 oktober 2006) en op 17 januari 2008 (per 1 januari 2008) nader cijfermatig dienen te onderbouwen. Westkant zal deze informatie eveneens bij akte in het geding mogen brengen.

4.11.14 Het hof stelt vast dat de stelplicht en de bewijslast van de feitelijke grondslag van de gestelde tekortkoming van ABN AMRO in de nakoming van haar zorgplicht (de schending van de waarschuwingsplicht en het onjuiste advies) ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv op Westkant rust (HR 11 juli 2008, LJN: BC8967). Het hof zal na de aktewisseling nader beslissen over eventuele bewijslevering ter zake.

4.11.15 Om redenen van efficiency zal het hof reeds ingaan op het causaal verband en de schade.

Er veronderstellenderwijs van uitgaande dat ABN AMRO haar informatieplicht (waarschuwingsplicht) heeft geschonden en/of een onjuist advies heeft gegeven, omdat de renteswap voor Westkant geen geschikt instrument was, heeft ten aanzien van het causaal verband tussen de tekortkoming van ABN AMRO in de haar betamende zorg en de door Westkant gestelde schade het volgende te gelden.

Naar het oordeel van het hof kan in dat geval tot uitgangspunt worden genomen dat het oorzakelijk verband tussen de schending van de zorgplicht en de beslissing van Westkant om de rente te fixeren door middel van een renteswap (de beleggingsbeslissing) aanwezig is. Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat bij een adequate waarschuwing of bij een juist, op het cliëntenprofiel toegesneden, advies Westkant niet voor een renteswap zou hebben gekozen, maar voor een andere rentemodaliteit. ABN AMRO heeft niet, althans niet genoegzaam, onderbouwd dat Westkant het advies van ABN AMRO ook zou hebben gevolgd indien zij niet in haar zorgplicht was tekortgeschoten, zodat het causaal verband kan worden aangenomen.

Westkant heeft gesteld (par. 7 en 11 memorie van grieven) dat indien ABN AMRO niet tekort zou

zijn geschoten in de haar betamende zorg, Westkant, zoals in het verleden, de lening (de kredietovereenkomst van 14 september 2006) zou zijn aangegaan tegen een vaste rentevergoeding voor de duur van 10 jaren. ABN AMRO heeft ook niet betwist dat eerdere, voor 14 september 2006, door haar aan Westkant verstrekte leningen steeds zijn aangegaan tegen een vaste rente. Het hof acht het dan ook alleszins aannemelijk dat indien Westkant juist zou zijn geadviseerd, danwel naar behoren zou zijn gewaarschuwd, zij op 14 september 2006 een lening zou zijn aangaan tegen een vaste rente voor een periode van 10 jaren.

Waar de verplichtingen waarin ABN AMRO is tekortgeschoten ertoe strekken te voorkomen dat een cliënt lichtvaardig of met ontoereikend inzicht instemt met een beleggingsadvies kan - behoudens door ABN AMRO te stellen en te bewijzen aan te bieden feiten en omstandigheden waaruit anders kan blijken - de beleggingsbeslissing aan ABN AMRO worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW. Uit de door ABN AMRO gestelde (en te bewijzen aangeboden) feiten en omstandigheden blijkt niet dat het opvolgen van het beleggingsadvies niet aan haar kan worden toegerekend in zin van artikel 6:98 BW, zodat ABN AMRO in beginsel als schade dient te vergoeden de nadelige financiële gevolgen die Westkant heeft ondervonden door het opvolgen van het beleggingsadvies.

- 4.11.16 Naar het oordeel van het hof strekt tot uitgangspunt dat Westkant door middel van een schadevergoeding zoveel mogelijk in de toestand dient te worden gebracht waarin zij zou hebben verkeerd indien het schadeveroorzakende feit (de tekortkoming van ABN AMRO in de haar betamende zorg) niet zou hebben plaatsgevonden.

Dit uitgangspunt brengt mee dat de omvang van de schade dient te worden bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Daarbij dient uit te worden gegaan van de fictie dat, indien ABN AMRO Westkant adequaat zou hebben gewaarschuwd, althans een geschikt product zou hebben geadviseerd, Westkant op 14 september 2006 een geldlening zou hebben gesloten tegen een vaste rente voor de duur van 10 jaren. De (eventuele) schade die Westkant op basis van deze vergelijking lijdt, komt dan in beginsel voor vergoeding in aanmerking.

De redelijkheid en de billijkheid

- 4.12.1 In grief 8 stelt Westkant dat de rechtbank ten onrechte het door Westkant gedane beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft gepasseerd.
- 4.12.2 Voor zover Westkant heeft gesteld dat (de verplichtingen voortvloeiende uit) de renteswap in verband met onvoorziene omstandigheden buiten toepassing moet worden gelaten, zal het hof hieraan bij gebreke van een nadere onderbouwing voorbijgaan.
- 4.12.3 Westkant heeft, naast hetgeen zij reeds aan haar beroep op dwaling en de schending van de zorgplicht ten grondslag heeft gelegd, gesteld dat ABN AMRO Westkant in 2009 heeft medegedeeld dat zij niet op verdere bancaire faciliteiten zou kunnen rekenen en dat Westkant daardoor genoodzaakt was de kredietovereenkomst met ABN AMRO voortijdig te beëindigen. ABN AMRO heeft zulks betwist. ABN AMRO stelt dat zij in verband met het door Westkant in 2009 gedane verzoek tot verhoging van het seizoenskrediet om bepaalde financiële informatie heeft gevraagd, dat Westkant deze informatie niet heeft verstrekt, en dat ABN AMRO om die reden aanvullende kredietverlening heeft geweigerd. Westkant heeft vervolgens zelf besloten naar een andere financier over te stappen, aldus ABN AMRO.

De vraag om welke redenen de kredietovereenkomst met ABN AMRO is beëindigd, behoeft geen beantwoording. Indien ABN AMRO Westkant voorafgaand aan het sluiten van de renteswapovereenkomsten niet indringend en adequaat heeft geïnformeerd over het aan de renteswap verbonden risico dat deze een negatieve marktwaarde kan ontwikkelen en dat dat leidt tot hoge, door de cliënt aan ABN AMRO te betalen, kosten bij voortijdige beëindiging van de kredietovereenkomst en de renteswapovereenkomst, en/of Westkant op het moment waarop Westkant ABN AMRO te kennen gaf de kredietovereenkomst vervroegd te willen beëindigen, Westkant evenmin heeft geïnformeerd dat de renteswap op dat moment een grote negatieve waarde had, levert zulks een schending op van de op ABN AMRO rustende zorgplicht.

Nu Westkant geen andere feiten en omstandigheden heeft gesteld die een beroep op artikel 2:248 lid 2 BW rechtvaardigen, wordt hieraan verder voorbijgegaan.

4.12.4 Grief 8 faalt.

De depotovereenkomst

4.13.1 Grief 9 richt zich allereerst tegen het oordeel van de rechtbank dat tussen partijen een rechtsgeldige swapovereenkomst tot stand is gekomen.

Uit hetgeen het hof hiervoor bij de bespreking van grief 4 heeft overwogen en beslist blijkt dat de renteswapovereenkomst enkel kan worden aangetast indien en voor zover Westkant slaagt in haar beroep op de dwaling. De beoordeling van deze grief zal in zoverre worden aangehouden.

4.13.2 Voor zover Westkant betoogt dat ABN AMRO geen belang heeft bij haar vordering miskent zij enerzijds dat ABN AMRO de negatieve marktwaarde en de achterstallige rentetermijnen uit hoofde van de renteswapovereenkomst vordert tot aan het moment van ontbinding van de renteswapovereenkomst en dat deze vorderingen gezamenlijk, volgens ABN AMRO, het depotbedrag van € 60.000,00 overschrijden. Anderzijds miskent Westkant dat tussen partijen geenszins overeenstemming bestaat over de vraag of ABN AMRO haar vordering uit hoofde van de renteswap heeft gemaximeerd tot het in de depotovereenkomst genoemde bedrag van € 60.000,00. Grief 9 faalt in zoverre.

4.13.3 Met grief 9 liggen aan het hof tevens ter beantwoording voor de vragen of, zoals Westkant stelt en ABN AMRO betwist, ABN AMRO haar aanspraak uit hoofde van de renteswap heeft gemaximeerd tot het in de depotovereenkomst van 23 april 2010 genoemde bedrag van € 60.000,00 en of, en zo ja, op welk moment de renteswapovereenkomst is geëindigd of ontbonden.

4.13.4 Uit de kredietovereenkomst van 14 september 2006 (onder het kopje OTC-derivaten) blijkt dat ABN AMRO de renteswapovereenkomst tussentijds kon beëindigen (en het verschuldigde uit die overeenkomst tussentijds kon opeisen) op het moment dat de kredietfaciliteit bij ABN AMRO werd beëindigd.

De door ABN AMRO aan Westkant verstrekte kredietfaciliteit zou, naar het hof uit de brief van ABN AMRO van 27 oktober 2009 aan notaris [notaris] (zie rov. 4.2. sub (viii)) begrijpt, ultimo oktober 2009 worden beëindigd. Uit deze brief blijkt voorts dat ABN AMRO de kosten voor de beëindiging van de renteswapovereenkomst op dat moment schatte op € 60.000,00.

Mr. Lensen heeft namens Westkant bij brief van 3 december 2009 aan ABN AMRO (prod. 14 inleidende dagvaarding) onder meer een beroep gedaan op dwaling en op een tekortkoming van ABN AMRO in de haar betamende zorg. Uit de brief blijkt voorts dat mr. Lensen, gezien de zorgplichtschending, uitoefening door ABN AMRO van de eventuele tussentijdse opeisingsbevoegdheid uit hoofde van de beëindigde renteswapovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar achtte en dat mr. Lensen van mening was dat ABN AMRO het verlenen van roeyement niet afhankelijk mocht stellen van de voldoening van enig bedrag ter zake van de beëindiging van de renteswap.

ABN AMRO heeft vervolgens bij brief van 11 januari 2010 aan mr. Lensen medegedeeld dat zij bereid was medewerking te verlenen aan het roeyement indien het bedrag van € 60.000,00 op de derdenrekening van de notaris zou blijven staan (prod. 15 inleidende dagvaarding). In deze brief schrijft ABN AMRO onder meer het volgende:

"Wij zijn van mening dat de kosten voor het voortijdig afbreken van de renteswaptransactie terecht door ons bij Westkant in rekening zijn gebracht. () Ten behoeve van het roeyement van het door Westkant aan de bank verstrekte hypotheekrecht stellen wij voor dat door Westkant het volledige bedrag van EUR 381.095,07 wordt overgemaakt aan de transporterende notaris. Wanneer de notaris van dit bedrag EUR 321.095,07 aan de bank overmaakt, zijn wij bereid tot medewerking aan het roeyement, mits de resterende EUR 60.000 op de derdenrekening van de notaris blijft staan tot er tussen Westkant en de bank overeenstemming is bereikt over de kosten van het voortijdig beëindigen van de renteswaptransactie, waarna het restantbedrag door

de notaris dienovereenkomstig kan worden uitgekeerd."

4.13.5 Westkant heeft gesteld dat zij, gezien de (schriftelijke) uitlatingen van ABN AMRO ervan uit is gegaan en er ook redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat op het moment van de aflossing van de hypothecaire geldlening de renteswapovereenkomst door ABN AMRO was beëindigd. ABN AMRO heeft zulks betwist. ABN AMRO stelt dat de renteswapovereenkomst niet door haar is beëindigd en dat de renteswap doorloopt tot aan het moment waarop Westkant de renteswapovereenkomst opzegt.

Het hof acht deze stelling van ABN AMRO moeilijk verenigbaar met de inhoud van voormelde brief van 11 januari 2010. In deze brief geeft ABN AMRO immers nadrukkelijk aan dat de kosten van het voortijdig afbreken van de renteswap terecht door haar in rekening zijn gebracht en dat partijen nog overeenstemming moeten bereiken over de kosten van voortijdig beëindigen van de renteswap, hetgeen er naar het oordeel van het hof op duidt dat de renteswapovereenkomst door ABN AMRO was beëindigd, althans zou worden beëindigd.

Ook uit het emailbericht van [destijds Districts Directeur Zaken van ABN AMRO district Zeeuws Vlaanderen] van 16 maart 2010 (prod. 17 conclusie van antwoord in reconventie), (destijds) Districts Directeur Zaken van ABN AMRO district Zeeuws Vlaanderen, blijkt, zoals Westkant stelt, dat volgens ABN AMRO de renteswap en de lening tegelijkertijd door Westkant moesten worden afgelost. ABN AMRO heeft, zoals Westkant terecht opmerkt, in de gedingstukken bovendien een aantal keren het standpunt ingenomen dat de renteswapovereenkomst wordt ontbonden bij vervroegde aflossing van de lening door Westkant (zie par. 40 conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie: "Als gevolg van de vervroegde aflossing van de hypothecaire lening wordt ook de renteswap ontbonden."; par. 3 en 18 pleitnoties ABN AMRO eerste aanleg: "[medewerker ABN Amro] heeft benadrukt dat in geval van tussentijdse aflossing van de onderliggende 10-jarige lening, ook de renteswap zou worden ontbonden en dat dit kosten met zich zou kunnen meebrengen" en "Het is niet aan de Bank te wijten dat Holding Westkant haar onderliggende lening tussentijds heeft afgelost, als gevolg waarvan ook de renteswap dient te worden ontbonden").

Ook de inhoud van de door partijen op 23 april 2010 gesloten depotovereenkomst biedt geen steun aan de stelling van ABN AMRO dat de renteswapovereenkomst nog niet was beëindigd. Uit artikel 1 van de depotovereenkomst blijkt slechts dat ABN AMRO van Westkant een bedrag vordert "*terzake van een door haar gestelde aanspraak uit hoofde van een renteswap*" en dat daarvoor een bedrag van € 60.000,00 in depot wordt gestort op de kwaliteitsrekening van de notaris. Indien het hier niet zou gaan om een vordering uit hoofde van de beëindigde renteswapovereenkomst valt, zonder nadere toelichting die ontbreekt, ook niet te begrijpen waarom ABN AMRO reeds op 23 april 2010 een aanspraak zou hebben uit hoofde van een niet beëindigde renteswap. Bovendien moest door Westkant een bedrag van € 60.000,00 worden gedeponereerd, welk bedrag gelijk was aan het eerder door ABN AMRO in haar brief van 27 oktober 2009 geschatte bedrag ter zake de beëindiging van de renteswap.

4.13.6 Indien ABN AMRO, zoals zij stelt, geen gebruik heeft gemaakt van haar in de kredietovereenkomst van 14 september 2006 bedongen bevoegdheid om de renteswapovereenkomst te beëindigen bij voortijdige beëindiging van de kredietfaciliteit had het, gezien het vorenstaande en de door haar gedane uitlatingen, op haar weg gelegen daaromtrent tijdig, dat wil zeggen voorafgaand aan het aangaan van de depotovereenkomst, duidelijkheid te geven. ABN AMRO had in dat geval Westkant erop moeten wijzen dat, ondanks het feit dat de geldlening was ingelost, Westkant tot het moment waarop de renteswapovereenkomst zou eindigen naast de eventuele negatieve marktwaarde op dat moment nog immer rente was verschuldigd uit hoofde van de renteswapovereenkomst.

Gesteld noch gebleken is dat ABN AMRO Westkant of mr. Lenssen hierop heeft gewezen. Het hof is derhalve van oordeel dat Westkant redelijkerwijs erop heeft mogen vertrouwen dat de renteswapovereenkomst is geëindigd op het moment van de aflossing van de geldlening. Dit betekent dat, uitgaande van de rechtsgeldigheid van de renteswapovereenkomst, de door Westkant aan ABN AMRO verschuldigde kosten uit hoofde van de renteswap (de negatieve marktwaarde) moeten worden vastgesteld op de datum van de aflossing van de hypothecaire geldlening en dat Westkant na die datum geen rentetermijnen meer uit hoofde van de renteswapovereenkomst aan ABN AMRO is verschuldigd.

Anders dan Westkant stelt, is het hof van oordeel dat deze kosten niet zijn gemaximeerd tot het gedeponeerde bedrag van € 60.000,00. Dit blijkt ook niet uit de depotovereenkomst. Het overeengekomen depotbedrag van € 60.000,00 is kennelijk gebaseerd op het eerdere door ABN AMRO in haar brief van 27 oktober 2009 op dat moment geschatte bedrag van de negatieve marktwaarde. Westkant stelt ook zelf (par. 8 antwoordakte vermeerdere van eis) dat het eerdere door ABN AMRO geschatte bedrag van € 60.000,000 in depot is gestort, in afwachting van de beoordeling van het geschil door de rechter. Nu gesteld noch gebleken is dat partijen zijn overeengekomen dat de vordering van ABN AMRO uit hoofde van de renteswap is gemaximeerd of beperkt tot voormeld bedrag, zal het hof aan bewijsaanbod van Westkant ter zake voorbijgaan. De negatieve marktwaarde zal aldus moeten worden vastgesteld op de datum van de aflossing van de geldlening.

4.13.7 Het hof heeft hiervoor in 4.11.15 en 4.11.16 reeds geoordeeld dat, indien de gestelde zorgplichtschending in rechte komt vast te staan, de omvang van de door Westkant geleden schade moet worden bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Het hof heeft voorts geoordeeld dat daarbij dient uit te worden gegaan van de fictie dat, indien ABN AMRO Westkant voorafgaande aan het sluiten van de renteswapovereenkomsten adequaat zou hebben gewaarschuwd, althans een geschikt product zou hebben geadviseerd, Westkant op 14 september 2006 een geldlening zou hebben gesloten tegen een vaste rente voor de duur van 10 jaren, en dat de schade die Westkant op basis van deze vergelijking lijdt in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt.

4.13.8 Nu in rechte is vastgesteld dat de renteswap op het moment van de aflossing van de geldlening is geëindigd, althans dat de door Westkant aan ABN AMRO verschuldigde kosten uit hoofde van de renteswap (de negatieve marktwaarde) moet worden vastgesteld op de datum van de aflossing van de hypothecaire geldlening en dat Westkant na die datum geen rentetermijnen meer uit hoofde van de renteswapovereenkomst aan ABN AMRO is verschuldigd, kan thans deze vergelijking worden gemaakt.

Deze vergelijking komt hierop neer dat enerzijds moet worden vastgesteld de vaste rentevergoeding (voor de duur van 10 jaren) die Westkant vanaf 14 september 2006 tot aan het moment van de vervroegde aflossing over de geldlening zou zijn verschuldigd, en afhankelijk van de destijds door ABN AMRO gehanteerde voorwaarden, een boeterente die, naar ABN AMRO stelt (par. 44 memorie van antwoord) als gevolg van de vervroegde aflossing in rekening zou zijn gebracht.

Anderzijds moet worden vastgesteld de door Westkant betaalde variabele rente vanaf 14 september 2006 tot 1 oktober 2006, de door Westkant vanaf 1 oktober 2006 betaalde rente uit hoofde van de renteswap tot aan het moment van de vervroegde aflossing van de geldlening en de negatieve marktwaarde van de renteswap op de datum van aflossing van de geldlening. Bovendien zal ABN AMRO de swaprente die Westkant na de datum van de aflossing van de geldlening tot aan 1 juli 2010 aan ABN AMRO heeft betaald (uit de stellingen van ABN AMRO in par. 2 akte vermeerdere van eis in reconventie blijkt immers dat Westkant tot 1 juli 2010 aan ABN AMRO rente uit hoofde van de swap heeft betaald) als onverschuldigd betaald aan Westkant dienen te restitueren.

Het ligt op de weg van ABN AMRO deze aan de hand van bescheiden onderbouwde vergelijking te maken. ABN AMRO dient tevens aan te geven op welke datum de geldlening is afgelost en het rentepercentage dat zij op 14 september 2006 bij vergelijkbare leningen in het geval van een rentevast periode van 10 jaren hanteerde. Indien ABN AMRO in het geval van vervroegde aflossing van de geldlening tegen een vaste rente boeterente in rekening zou hebben gebracht, dient zij eveneens de op 14 september 2006 geldende voorwaarden, waaruit de verschuldigdheid van boeterente blijkt, in het geding te brengen. De zaak zal hiertoe voor akte naar de rol worden verwezen.

Het hof geeft partijen in overweging om afhankelijk van de uitkomst van deze vergelijking zich te beraden over een eventuele schikking.

4.13.9 De (verdere) beoordeling van de grieven 4, 6, 7 en 9 wordt in afwachting van de te nemen aktes aangehouden.

5 De uitspraak

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 10 juni 2014 voor het nemen van een akte aan beide zijden in verband de hiervoor in rov. 4.11.12, 4.11.13 en 4.13.8 omschreven doeleinden en

bepaalt dat de advocaten van partijen uiterlijk twee weken voorafgaand aan de roldatum waarop de aktes moeten worden genomen, elkaar de te nemen akte zullen toezenden, zodat over en weer op de inhoud kan worden gereageerd door onder de eigen akte een reactie op te nemen;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. S. Riemens, E.K. Veldhuijzen van Zanten en Th. Groenewald en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 15 april 2014.

sheer